

Schriftlicher Fall aus einem Vorjahr: Observation

A lebt in einer kleinen Gemeinde im Kanton Z, wo er seit einem Jahr Sozialhilfe bezieht. Aufgrund entsprechender Hinweise aus der lokalen Bevölkerung vermutet die kommunale Sozialhilfebehörde, dass A heimlich verschiedenen bezahlten Tätigkeiten nachgeht. Konkret vermutet die Sozialhilfebehörde, dass A einerseits eine Heimarbeit als Datenerfasser ausübt und andererseits mit seinem Privatauto Fahrten für einen Kurierdienst übernimmt. Die Sozialhilfebehörde konfrontiert A mit diesen Vorwürfen, woraufhin A bestreitet, irgendeiner bezahlten Arbeit nachzugehen.

Die Sozialhilfebehörde beauftragt einen Privatdetektiv mit der Observation von A. Der Privatdetektiv beobachtet A an insgesamt 42 Tagen, wobei die Überwachung jeweils zu verschiedenen Tageszeiten während ca. 10 Stunden pro Tag erfolgt.

A wohnt in einer Einzimmerwohnung im Erdgeschoss, zu der auch ein kleiner Garten gehört. Wenn A sich zuhause aufhält, parkiert der Privatdetektiv sein Auto auf der Strasse vor der Wohnung und beobachtet von dort aus A in seinem Garten und, soweit möglich, durch die Fensterscheibe. Dabei setzt er eine Fotokamera mit einem starken Teleobjektiv ein und macht Aufnahmen von A.

Wenn A seine Wohnung verlässt, folgt ihm der Privatdetektiv entweder zu Fuss oder im Auto. Auch unterwegs macht der Privatdetektiv zahlreiche Fotos von A. Um die Verfolgung zu erleichtern, wenn A mit dem Auto unterwegs ist, hat der Privatdetektiv am Auto von A heimlich einen GPS-Tracker (d.h. ein Gerät zur Standortbestimmung) angebracht.

Der Privatdetektiv erstellt ein Dossier über A, in dem er die Tätigkeits- und Bewegungsmuster von A eingehend und mit genauen Zeitangaben schildert und mit etwa 300 Fotos belegt. Als die Sozialhilfebehörde A diese Unterlagen vorlegt, gibt A zu, dass er als Datenerfasser und Kurier tätig und nicht bedürftig ist.

Frage 1 (Gewichtung: 90%)

Wurde A durch die Observation in seinen Grundrechten verletzt?

Berücksichtigen Sie bei der Beantwortung dieser Frage die im Folgenden abgedruckten Bestimmungen des Kantons Z.

Es sind alle einschlägigen Rechtsfragen zu erörtern, unabhängig davon, zu welchem Ergebnis Sie bei einzelnen Prüfschritten gelangen.

Frage 2 (Gewichtung: 10%)

Eine für eine Lokalzeitung tätige Journalistin bekommt Wind vom Fall, kann den Namen und die Adresse von A ausfindig machen und macht Nahaufnahmen von ihm, die ihn beim Verlassen seiner Wohnung zeigen. Am nächsten Tag erscheint in der Lokalzeitung ein langer Beitrag über A mit dem Titel «Sozialhilfebetrüger überführt». Der Beitrag nennt den vollen Namen von A und ist mit zwei Fotos von A illustriert.

A erkundigt sich bei einem befreundeten Jus-Studenten, ob der Beitrag in der Lokalzeitung nicht seine Grundrechte verletze. Der Jus-Student antwortet A, der Zeitungsartikel werfe seiner Ansicht nach keine Grundrechtsfragen auf.

Was meint der Jus-Student wohl mit seiner Aussage, der Zeitungsartikel werfe keine Grundrechtsfragen auf? Trifft diese Aussage zu? *Begründen Sie Ihre Antwort.*

Auszüge aus dem Sozialhilfegesetz des Kantons Z (SHG)

§ 1 Träger der Hilfe

¹ Die politischen Gemeinden sorgen nach Massgabe dieses Gesetzes für die notwendige Hilfe an Personen, die sich in einer Notlage befinden.

² Zuständig ist die Wohnsitzgemeinde des Hilfsbedürftigen.

§ 5 Sozialhilfebehörde

Sozialhilfebehörde ist der Gemeindevorstand der politischen Gemeinde. Die Gemeindeordnung kann die Zuständigkeit eines anderen Organs vorsehen.

§ 21 Observation – Bedingungen

¹ Die Sozialhilfebehörde kann die Observation einer Person veranlassen, die Sozialhilfe bezieht oder beantragt, und dabei Bild- und Tonaufzeichnungen machen lassen, um die Bedürftigkeit abzuklären.

² Eine Observation ist zulässig, wenn:

- a) konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass eine Person unrechtmässig Leistungen bezogen hat, bezieht oder zu erhalten versucht;
- b) die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

§ 22 Observation – Durchführung

¹ Die betroffene Person darf nur observiert werden, wenn sie sich:

- a) an einem allgemein zugänglichen Ort aufhält oder
- b) an einem Ort aufhält, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.

² Eine Observation darf an höchstens 50 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden.

³ Die Sozialhilfebehörde kann Spezialistinnen und Spezialisten mit der Observation beauftragen.

⁴ Die im Rahmen der Observation erfassten Daten werden in einem Dossier über die betroffene Person abgelegt.

⁵ Die Sozialhilfebehörde informiert die betroffene Person nach Abschluss der Observation über den Grund, die Art, die Dauer und die Ergebnisse der Observation.

⁶ Der Regierungsrat regelt das Verfahren zur Einsichtnahme der betroffenen Person in das Observationsmaterial und die Aufbewahrung des Observationsmaterials.

Auszüge aus der Sozialhilfeverordnung des Kantons Z (SHV)

§ 30 Observationsmaterial – Einsicht

Mit der Information gemäss § 22 Abs. 5 SHG teilt die Sozialhilfebehörde der betroffenen Person mit, dass sie Anspruch auf Einsicht in das Observationsmaterial hat.

§ 31 Observationsmaterial – Aufbewahrung

Die Sozialhilfebehörde bzw. die mit der Observation beauftragten Spezialistinnen und Spezialisten bewahren das Observationsmaterial auf.

Fall Nr. 7: Observation: Korrekturanleitung

Frage 1

1. Vorfrage: Zuständiges Gemeinwesen

Falls der Kanton bzw. die Gemeinde überhaupt nicht zuständig wären für die Observation, würde sich die Prüfung der folgenden grundrechtlichen Fragen erübrigen.

Sozialhilfe gehört nicht zu den von der BV dem Bund zugewiesenen Aufgaben. Vielmehr hält Art. 115 BV fest, dass die Unterstützung Bedürftiger Aufgabe des Wohnkantons ist. Somit ist der Kanton Z zuständig (Art. 3, Art. 42 BV); er kann Aufgaben in diesem Bereich den Gemeinden übertragen.

Die Kompetenzverteilung ist allerdings erst Vorlesungsstoff des 2. Semesters (Staatsrecht II). Ausführungen zu dieser Frage werden deshalb nicht erwartet. Soweit sie erfolgen, können sie entsprechend gewürdigt werden.

2. Sachlicher Schutzbereich

«Die Observation» berührt offensichtlich den Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK; Art. 17 UNO-Pakt II). Allenfalls könnten die Studierenden hier auch Ausführungen zum Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) machen, also von einer unechten Grundrechtskonkurrenz ausgehen. Wichtig wäre dann, dass sie verstehen, dass nach der BV-Revision in einem Fall wie dem vorliegenden Art. 13 BV als das spezifischere Grundrecht im Vordergrund steht. Die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) gilt als Auffanggrundrecht und kommt als solches bloss subsidiär zur Anwendung.

Bereits hier – v.a. dann aber bei der Prüfung der Einschränkungsvoraussetzungen (gesetzliche Grundlage, Verhältnismässigkeit) – ist zwischen den verschiedenen Aspekten «der Observation» zu unterscheiden:

- Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten
- Überwachung ausserhalb der Wohnung (im öffentlichen Raum)
- GPS-Tracking
- Erstellen eines Dossiers

2.1 Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten

Berührt den Anspruch auf Achtung der Wohnung und Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV; Art. 8 Abs. 1 EMRK; Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II).

Der Anspruch auf Achtung der Wohnung stellt eine Konkretisierung des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens dar, ist also der speziellere Teilgehalt. Somit ist er in Bezug auf die Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten vorrangig zu prüfen (unechte Grundrechtskonkurrenz).

Soweit der Privatdetektiv Fotos von A in der Wohnung bzw. im Garten macht, ist auch der Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten (Art. 13 Abs. 2 BV), der unter der EMRK und dem UNO-Pakt II als Teil des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK; Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II) geschützt wird, berührt: Dieser Anspruch umfasst auch das Recht am eigenen Bild.¹

2.2 Überwachung ausserhalb der Wohnung

Berührt den Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV; Art. 8 Abs. 1 EMRK; Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II).

Auch private Vorgänge im öffentlichen Raum können vom Schutzbereich erfasst werden. Wer sich in der Öffentlichkeit aufhält, verzichtet nicht von vornherein auf sein Recht auf Privatsphäre. Entscheidend

¹ EGMR (GK), Von Hannover v. Deutschland, Nos 40660/08, 60641/08, Urteil vom 7. Februar 2012, §§ 95 f.; BGE 138 II 346, E. 6.

ist, ob der Grundrechtsträger vernünftigerweise erwarten kann, dass ein Lebensvorgang als Privatsache geschützt ist.²

Die systematische, umfassende Überwachung einer Person während eines so langen Zeitraums (42 Tage) berührt wohl bereits für sich allein den Anspruch auf Achtung des Privatlebens: A musste nicht damit rechnen, dass er während so langer Zeit auf Schritt und Tritt verfolgt wird. Zumindest in Verbindung mit der Tatsache, dass der Privatdetektiv A im öffentlichen Raum nicht nur überwacht, sondern auch zahlreiche Fotos von ihm macht und ein Dossier über ihn erstellt, ist der Anspruch auf Achtung des Privatlebens zweifellos berührt.³

Soweit der Privatdetektiv Fotos von A ausserhalb der Wohnung macht, ist auch der Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten berührt.

2.3 GPS-Tracking

Berührt Anspruch auf Achtung des Privatlebens und Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten.

2.4 Erstellen eines Dossiers

Berührt Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten.

Der Verfassungstext («Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten») ist zu eng formuliert: Es besteht ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, weshalb nicht nur ein Missbrauch, sondern jede Bearbeitung persönlicher Daten (Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren, Weitergeben) den Schutzbereich berührt. Geschützt sind alle eigenen, personenbezogenen Daten, auch das eigene Bild.

Das Erheben, Aufbewahren und Weitergeben der persönlichen Daten von A durch den Privatdetektiv berührt den Schutzbereich.

3. Persönlicher Schutzbereich

Als natürliche Person kann sich A auf alle Teilgehalte des Anspruchs auf Schutz der Privatsphäre berufen.

4. Grundrechtskonkurrenz?

Sofern die Studierenden überhaupt zwischen verschiedenen Teilgehalten des Anspruchs auf Schutz der Privatsphäre unterscheiden, ist zu erwarten, dass einige von ihnen argumentieren werden, «die Observation» stelle *eine* staatliche Handlung dar, die gleichzeitig mehrere grundrechtlich geschützte Ansprüche *einer* Person (A) betreffe. Somit würde eine sogenannte Grundrechtskonkurrenz vorliegen.⁴ Da sich die Schutzbereiche dieser Ansprüche überschneiden, dürften diese Studierenden von einer «unechten Grundrechtskonkurrenz» ausgehen.⁵ (Dieser Begriff, der von einem Teil der Lehre als irreführend kritisiert wird, wird allerdings nicht vorausgesetzt.) Konsequenterweise müssten sie sich dann bei ihrer Prüfung auf *bloss einen* Anspruch (den spezielleren) konzentrieren.

Eine solche Vorgehensweise würde dem vorliegenden Sachverhalt nicht gerecht werden. Wer den Fall sorgfältig durchdenkt, müsste erkennen können, dass unterschiedliche dem Staat zurechenbare Handlungen vorliegen, die bei den einzelnen Prüfschritten (sachlicher Schutzbereich, gesetzliche Grundlage, Verhältnismässigkeit) jeweils unterschiedlich zu beurteilen sind.

² EGMR, P.G. und J.H. v. Vereinigtes Königreich, No. 44787/98, Urteil vom 25. September 2001, § 57.

³ Vgl. EGMR, Vukota-Bojic v. Schweiz, No. 61838, Urteil vom 18. Oktober 2016, §§ 58 f.

⁴ KIENER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., § 30 N. 56.

⁵ KIENER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., § 30 N. 58.

5. Vorliegen einer Einschränkung

Eine Einschränkung eines Grundrechts liegt vor, wenn grundrechtlich geschützte Ansprüche durch eine dem Staat zurechenbare Handlung (oder Unterlassung) verkürzt werden.⁶

Der Grundrechtsbindung unterliegen nicht nur staatliche Behörden. Vielmehr ist an die Grundrechte gebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt (Art. 35 Abs. 2 BV), was auch auf Private zutreffen kann. Als staatliche Aufgabe gilt jede Tätigkeit, die dem Staat durch Verfassung oder Gesetz zugewiesen wurde.⁷ Gemäss Art. 115 BV ist die Unterstützung Bedürftiger (Sozialhilfe) Sache der Kantone. § 1 SHG weist die Ausrichtung von Sozialhilfe den Gemeinden zu, womit klar wird, dass es sich um eine staatliche Aufgabe handelt.

Zur Überprüfung der Bedürftigkeit kann die kommunale Sozialhilfebehörde eine Observation veranlassen (§ 21 Abs. 1 SHG). Bereits aus dieser Formulierung wird ersichtlich, dass die Sozialhilfebehörde die Observation nicht selbst durchführen muss. § 22 Abs. 3 SHG hält explizit fest, dass die Sozialhilfebehörde «Spezialistinnen und Spezialisten» mit der Observation beauftragen kann. Nichts deutet darauf hin, dass es sich dabei um staatliche Angestellte handeln muss. Im Gegenteil dürfte Zweck der Bestimmung gerade die Übertragung der Aufgabenerfüllung an Private sein. Im vorliegenden Fall hat die Sozialhilfebehörde denn auch die Observation an einen Privaten übertragen. Der mit der Observation beauftragte Privatdetektiv nimmt somit eine staatliche Aufgabe wahr und ist gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden.

6. Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV

6.1 Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

6.1.1 Erfordernis des Rechtssatzes (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV)

Jede Einschränkung eines Grundrechts bedarf zunächst einmal einer Grundlage in einer generell-abstrakten Norm, unabhängig von der Normstufe.

Eine solche Grundlage liegt in Form von §§ 21 und 22 SHG für alle Teile der Observation vor.

6.1.2 Bestimmtheitserfordernis (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BV)

Um eine Einschränkung zu rechtfertigen, muss die Norm genügend bestimmt sein. Sie muss so präzise formuliert sein, dass die Einzelne ihr Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit hinreichender Gewissheit vorhersehen kann.

«Nach der Rechtsprechung darf das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen indes nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.»⁸

In Bezug auf dieses Erfordernis muss zwischen verschiedenen Aspekten der Observation unterschieden werden:

- *Anordnung (und Dauer) der Observation:* Aus § 21 Abs. 1 SHG ergibt sich klar, dass die Sozialhilfebehörde die Observation einer Person anordnen kann, die Sozialhilfe bezieht, um ihre Bedürftigkeit abzuklären. § 21 Abs. 2 SHG statuiert die Voraussetzungen, die für eine Observation erfüllt sein müssen. Die Rechtsunterworfenen können somit voraussehen, unter welchen Voraussetzungen sie observiert werden können. Auch die Dauer, für welche eine Observation angeordnet werden kann, ist klar geregelt (§ 22 Abs. 2 SHG).
- *Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten:* Gemäss § 22 Abs. 1 Bst. b SHG darf eine Person überwacht werden, wenn sie sich «an einem Ort aufhält, der von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar ist.» Auf den Garten von A trifft dies klarerweise zu. Soweit A

⁶ KIENER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., § 30 N. 85.

⁷ KIENER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., § 30 N. 72.

⁸ BGE 135 I 169, E. 5.4.1.

den Einblick in seine Wohnung von der Strasse aus nicht durch Vorhänge, Fensterläden o.ä. unterbindet, scheint vom Wortlaut her auch eine Überwachung in der Wohnung möglich zu sein. Die Formulierung «von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar» kann mit guten Gründen als extrem weit gefasst kritisiert werden.⁹ Trotzdem musste A aufgrund des Wortlauts der Bestimmung wohl auch mit einer Überwachung in der Wohnung rechnen. Dass die observierte Person fotografiert werden kann, ergibt sich ausdrücklich aus § 21 Abs. 1 SHG.

- *Überwachung ausserhalb der Wohnung:* Gemäss § 22 Abs. 1 Bst. a SHG darf die betroffene Person observiert werden, wenn sie sich an einem allgemein zugänglichen Ort aufhält. Auch für diesen Aspekt der Observation ist das Bestimmtheiterfordernis erfüllt. Dass die observierte Person dabei fotografiert werden kann, ergibt sich ausdrücklich aus § 21 Abs. 1 SHG.
- *GPS-Tracking:* Weder § 21 SHG noch § 22 SHG erwähnen, dass für die Observation technische Instrumente zur Standortbestimmung eingesetzt werden dürfen. Diese Möglichkeit kann auch nicht als implizit vom Gesetz vorgesehen verstanden werden: § 21 Abs. 1 SHG hält explizit fest, dass Bild- und Tonaufzeichnungen gemacht werden dürfen. Dementsprechend wäre zu erwarten, dass der Gesetzgeber auch den Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung erwähnt hätte, falls er ihn hätte zulassen wollen. Dies umso mehr, als es sich beim GPS-Tracking um eine besonders intensive Form der Überwachung handelt, mit der ein detailliertes Bewegungsprofil der betroffenen Person erstellt werden kann. Dementsprechend regelt z.B. das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) den Einsatz von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung ausführlich in einer separaten Bestimmung (Art. 43b), welche die Voraussetzungen im Vergleich zur Anordnung einer Observation erhöht (Erfordernis der richterlichen Genehmigung). A konnte somit nicht voraussehen, dass bei einer Observation GPS-Tracking verwendet werden könnte.
- *Erstellen eines Dossiers:* Dass ein Dossier über die observierte Person erstellt wird, hält § 22 Abs. 4 SHG ausdrücklich und klar fest. § 22 Abs. 5 und 6 SHG und §§ 30 und 31 SHV regeln, was mit den im Dossier enthaltenen Informationen nach Abschluss der Observation zu geschehen hat.

6.1.3 Erfordernis der Gesetzesform (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV)

Schwerwiegende Einschränkungen müssen «im Gesetz selbst» (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) vorgesehen sein, d.h. auf der normhierarchischen Stufe eines Gesetzes im formellen Sinn. Auf der kantonalen Ebene reicht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch ein Erlass des Parlaments, der nicht dem Referendum untersteht.

Hier bildet das kantonale «Sozialhilfegesetz» Grundlage für die Einschränkungen. Es kann davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um einen vom Parlament verabschiedeten Erlass handelt, zumal sich in § 22 Abs. 6 SHG eine Delegation an den «Regierungsrat» findet (womit auf kantonaler Ebene die Exekutive angesprochen ist).

Somit erübrigt sich – zumindest für diesen Prüfschnitt – in Bezug auf die meisten Teile der Observation die Frage, ob es sich um schwerwiegende Einschränkungen handelt oder nicht.

Einzig soweit es um das Erstellen eines Dossiers über A geht, sind einzelne Fragen nicht auf Gesetzesebene, sondern in der SHV geregelt. Der für diese Einschränkung zentrale Aspekt, nämlich das Erheben und Sammeln der im Rahmen der Observation erfassten Daten, ist aber im SHG selbst vorgesehen: Gemäss § 22 Abs. 4 SHG werden die im Rahmen der Observation erfassten Daten in einem Dossier über die betroffene Person abgelegt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass das Erstellen des Dossiers eine schwerwiegende Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, besteht dafür also eine formell-gesetzliche Grundlage.

Auf Verordnungsebene geregelt sind hingegen die Einzelheiten betreffend Einsichtnahme der betroffenen Person in das Observationsmaterial und die Aufbewahrung des Observationsmaterials. Die Möglichkeit der Einsichtnahme (§ 30 SHV) stellt nicht eine Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dar, sondern dient vielmehr dessen Sicherung. Dass das Observationsmaterial aufbewahrt wird, stellt zwar eine Einschränkung dieses Rechts dar, ergibt sich aber bereits aus § 22 Abs. 4 SHG. § 31 SHV wiederholt im Endeffekt bloss, was sich bereits aus dem SHG ergibt. Zudem sind die Voraussetzungen für die Delegation der Rechtsetzungsbefugnis an den Regierungsrat erfüllt.¹⁰

⁹ Vgl. GÄCHTER/MEIER, Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung, Jusletter 11. Dezember 2017, Rz. 29 f.

¹⁰ Vgl. GÄCHTER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., § 22 N. 29.

Fazit: Für das GPS-Tracking fehlt eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage. Dieser Teil der Observation ist (bereits) aus diesem Grund verfassungswidrig (und völkerrechtswidrig): Er verletzt den Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV; Art. 8 Abs. 1 EMRK; Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II) und den Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten (Art. 13 Abs. 2 BV; Art. 8 Abs. 1 EMRK; Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II) von A. (Gemäss Fragestellung sind trotzdem auch für das GPS-Tracking die weiteren Voraussetzungen von Art. 36 BV zu prüfen.). Für die anderen Aspekte der Observation ist die erste Voraussetzung gemäss Art. 36 BV erfüllt.

6.2 Rechtfertigendes Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)

Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV).

Die Observation von A dient verschiedenen öffentlichen Interessen:

- Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung: Verhinderung bzw. Aufdecken von Straftaten (insbesondere Art. 148a StGB); damit auch Aufrechterhalten des Vertrauens in die öffentliche Hand, dass Sozialhilfeleistungen nur an jene ausbezahlt werden, die darauf Anspruch haben.
- Schutz der öffentlichen Finanzen, hier der Finanzen der Gemeinde

Alle Elemente der Observation dienen den gleichen öffentlichen Interessen, bei diesem Prüfschritt drängen sich keine Unterscheidungen auf.

Fazit: Die zweite Voraussetzung von Art. 36 BV ist erfüllt.

6.3 Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

Einschränkungen von Grundrechten müssen gemäss Art. 36 Abs. 3 BV verhältnismässig sein. Diese Voraussetzung setzt sich aus den drei Teilerfordernissen Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit i.e.S.) zusammen.¹¹

Die Verhältnismässigkeit ist aus der *ex ante* Sicht der Sozialhilfebehörde zu beurteilen. Es wäre also falsch zu argumentieren, dass sich die Observation als geeignet, erforderlich und/oder zumutbar erweist, weil A damit überführt werden konnte.

6.3.1 Eignung

Die Eignung einer Grundrechtseinschränkung zur Erreichung des angestrebten Ziels (d.h. zur Verwirklichung des rechtfertigenden Interesses) wird in der Praxis nur selten verneint. Das Bundesgericht lässt es genügen, dass eine Massnahme zumindest nicht ungeeignet ist.¹²

Im vorliegenden Fall ist die Observation von A ein geeignetes Mittel, um zu klären, ob er tatsächlich bezahlten Tätigkeiten nachgeht – und damit eine allfällige Straftat aufzudecken und die öffentlichen Finanzen zu schützen. Dies gilt gleichermaßen für alle Elemente der Observation von A.

Einzig bei der Überwachung in der Wohnung stellt sich die Frage, ob sich damit tatsächlich eine Heimarbeit als Datenerfasser nachweisen lässt. Immerhin könnten sich dadurch nützliche Hinweise ergeben (z.B. Nachweis regelmässiger Arbeit am Computer, allenfalls Fotos des Bildschirms (starkes Teleobjektiv)).

6.3.2 Erforderlichkeit

Bei der Erforderlichkeit stellt sich die Frage, ob es kein milderes Mittel gibt, um abzuklären, ob A heimlich bezahlten Tätigkeiten nachgeht. Hier muss zwischen den verschiedenen Elementen der Observation unterschieden werden.

- *Anordnung der Observation:* Gemäss § 21 Abs. 2 Bst. b SHG kann eine Observation nur angeordnet werden, wenn «die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden». Die Bestimmung ist eine Konkretisierung der bereits von der Verfassung vor-

¹¹ KIENER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., § 30 N. 104.

¹² Siehe etwa BGE 130 I 26, E. 6.3.4.2.

gegebenen Erforderlichkeit. Die Sozialhilfebehörde hat A mit den Vorwürfen konfrontiert, er bestreitet sie. Als mildere Massnahme käme noch die Einholung von Auskünften in Frage, so z.B. von den angeblichen Arbeitgebern von A. Aus dem Sachverhalt ergibt sich allerdings nicht, dass diese der Sozialhilfebehörde bekannt wären. Sodann könnte die Behörde bei Nachbarn Auskünfte einholen. Allerdings scheinen die «Hinweise aus der lokalen Bevölkerung» nicht spezifisch genug zu sein, um A überführen zu können. Schliesslich könnte A aufgefordert werden, Auszüge aus seinen Bankkonten vorzulegen. Der Sachverhalt lässt offen, ob sich damit nachweisen liesse, dass A bezahlten Tätigkeiten nachgeht. Gestützt auf diese Sachverhaltselemente lässt sich der Standpunkt vertreten, dass die Anordnung der Observation an sich erforderlich war. Mit einer überzeugenden Argumentation lässt sich aber auch die andere Ansicht vertreten.

- *Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten:* Da vermutet wird, dass A in Heimarbeit als Datenerfasser tätig ist, dürfte eine Überwachung in der Wohnung erforderlich sein. Falls keine Hinweise auf den potenziellen Arbeitgeber bestehen, ist nicht ersichtlich, wie eine solche Tätigkeit mit einem milderen Mittel nachgewiesen werden könnte. Eine Überwachung des Internetverkehrs von A oder gar das Einschleusen eines Trojaners auf seinem Computer würden wohl schwerwiegendere Eingriffe darstellen.
- *Überwachung ausserhalb der Wohnung:* Die Überwachung ausserhalb der Wohnung ist ein naheliegendes Mittel, um herauszufinden, ob A einer Tätigkeit als Kurierfahrer nachgeht. Ein milderes Mittel ist nicht ersichtlich.
- *GPS-Tracking:* Der Privatdetektiv bringt am Auto von A einen GPS-Tracker an, um so «die Verfolgung per Auto zu erleichtern». Tatsächlich macht der Tracker die Verfolgung für den Privatdetektiv einfacher, notwendig erscheint dieses Hilfsmittel aber nicht.
- *Dauer und Intensität der Überwachung und des GPS-Trackings:* Unabhängig von der Erforderlichkeit der einzelnen Überwachungsmassnahmen (Überwachung in Wohnung/Garten, Überwachung ausserhalb der Wohnung, GPS-Tracking) erscheint es fraglich, ob es notwendig war, diese drei Massnahmen während 42 Tagen aufrechtzuerhalten. Falls der Privatdetektiv schon vorher genug Beweismittel gesammelt hatte, um nachweisen zu können, dass A heimlich einer Heimarbeit bzw. einer Arbeit als Kurierfahrer nachgeht, wäre ab diesem Zeitpunkt die Überwachung in Wohnung/Garten bzw. die Überwachung ausserhalb der Wohnung verbunden mit dem GPS-Tracking nicht mehr erforderlich gewesen. Im Sachverhalt finden sich aber keine konkreten Hinweise darauf, dass dies der Fall war. Auch stellt sich die Frage, ob es erforderlich war, A während so langer Zeit täglich während 10 Stunden zu überwachen. Die Frage wäre zu verneinen, falls sich nach einer gewissen Zeit ein Muster im Tagesablauf von A abgezeichnet hätte. Schliesslich erscheint es fraglich, ob es erforderlich war, 300 Situationen aus dem Leben von A auf Bild aufzunehmen.
- *Erstellen eines Dossiers:* Dass der Privatdetektiv die zusammengetragenen Informationen und Beweismittel sammelt und aufbewahrt, erscheint im Hinblick auf die von der Sozialhilfebehörde zu treffende Entscheidung und die Konfrontation mit A nicht nur als sinnvoll, sondern auch als erforderlich.

Fazit: Das GPS-Tracking erfüllt die Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht. Bei der Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten und bei der Überwachung ausserhalb der Wohnung kann mit entsprechender Begründung vertreten werden, dass die Erforderlichkeit im Laufe der Observation dahingefallen ist.

6.3.3 Zumutbarkeit

Zumutbar ist die Observation, wenn der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der öffentlichen Finanzen stärker ins Gewicht fällt als das Interesse von A an der Achtung seiner Privatsphäre.

Allgemein ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall dem rechtfertigenden Interesse ein grosses Gewicht zukommt. Das A zur Last gelegte Verhalten stellt keine Bagatelle dar: Unrechtmässiger Bezug von Sozialhilfe wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft (Art. 148a StGB). An der Entdeckung solcher Straftaten besteht ein grosses öffentliches Interesse. Auch dem Schutz der öffentlichen Finanzen kommt grosses Gewicht zu: Die Gemeinde hat A bereits ein Jahr lang zu Unrecht finanziell unterstützt. Falls A unentdeckt bliebe, müsste ihn die Gemeinde allenfalls während vielen weiteren Jahren finanziell unterstützen.

Beim Interesse von A an der Achtung seiner Privatsphäre ist insbesondere zu differenzieren zwischen der Überwachung in seiner Wohnung bzw. im Garten und der Überwachung ausserhalb der Wohnung.

Somit muss auch hier zwischen den verschiedenen Elementen der Observation unterschieden werden:

- *Anordnung der Observation*: Die Anordnung der Observation als solche erscheint unter den gegebenen Umständen als zumutbar. Fraglich ist allenfalls, ob einzelne Aspekte der Observation als unverhältnismässig i.e.S. einzustufen sind.
- *Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten*: Hier ist wichtig, dass die Studierenden nicht Gesetzmässigkeit und Verfassungsmässigkeit verwechseln: Aus der Tatsache, dass die Überwachung vom – in dieser Hinsicht allerdings ziemlich vagen – Gesetzeswortlaut gedeckt ist (siehe § 22 Abs. 1 Bst. b SHG), folgt nicht, dass sie verhältnismässig i.e.S. ist. Eine Überwachung in den eigenen vier Wänden stellt in aller Regel einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre dar. Das gilt erst recht für die Überwachung im vorliegenden Fall, die systematisch und über eine ausserordentlich lange Dauer (siehe nächstes Aufzählungszeichen) erfolgt. Eine solche Observation in der Intimsphäre eines Menschen könnte, wenn überhaupt, nur dann als zumutbar eingestuft werden, wenn dem verfolgten öffentlichen Interesse ein *ausserordentlich* grosses Gewicht zukäme. Auch wenn es sich beim Verhalten, das A vorgeworfen wird, keinesfalls um eine Bagatelle handelt, ist es doch nicht *ausserordentlich* schwerwiegend.
- *Überwachung ausserhalb der Wohnung*: Anders als eine Überwachung in der Wohnung stellt eine Überwachung im öffentlichen Raum gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel bloss «einen relativ geringfügigen Eingriff» dar.¹³ Dementsprechend könnte die Überwachung von A ausserhalb seiner Wohnung aufgrund des grossen Gewichts, das dem damit verfolgten öffentlichen Interesse zukommt, allenfalls als verhältnismässig i.e.S. eingestuft werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Überwachung systematisch und über einen sehr langen Zeitraum erfolgte. Auch hier ist wichtig, dass die Studierenden erkennen, dass die Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Maximaldauer (§ 22 Abs. 2 SHG: 50 Tage) nicht automatisch zur Folge hat, dass die Überwachung in dieser Hinsicht verfassungsmässig ist. Zweifellos besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Aufdeckung von Sozialhilfebetrug. Ein Vergleich mit entsprechenden Vorschriften auf Bundesebene und in anderen Kantonen zeigt allerdings, dass der Kanton Z (mit der 50-tägigen Maximaldauer) und die Gemeinde im Fall von A (mit der 42-tägigen Überwachung) sehr weit gehen: Auf der Ebene des Bundes sieht Art. 43a Abs. 5 ATSG (für den Bereich der Sozialversicherungen) eine Observation von höchstens 30 Tagen vor. Für den Bereich der Sozialhilfe begrenzen die meisten Kantone die Überwachung – falls sie eine solche überhaupt zulassen – ebenfalls auf 30 Tage.¹⁴ Es kann mit guten Gründen vertreten werden, dass die ausserordentlich lange Überwachung – auch wenn sie im öffentlichen Raum erfolgt – für A unzumutbar war.
- *GPS-Tracking*: Auch das GPS-Tracking erfolgte systematisch und über einen äusserst langen Zeitraum. Die damit mögliche Erstellung eines detaillierten Bewegungsprofils stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre dar.¹⁵ Die Massnahme erscheint deshalb nicht nur als nicht erforderlich, sondern auch als nicht zumutbar.
- *Erstellen eines Dossiers*: Aufgrund des Gewichts, das dem rechtfertigenden Interesse im vorliegenden Fall zukommt, ist das blosses Sammeln und Aufbewahren der Informationen und Beweismittel A zumutbar.

Fazit: Die Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten, die Überwachung ausserhalb der Wohnung und das GPS-Tracking erfüllen die Voraussetzung der Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit i.e.S.) nicht.

6.4 Kerngehalt

Das Bundesgericht hat den Kerngehalt des Rechts auf Privatsphäre bisher nicht konkretisiert. Selbst bei einer Wohnungsüberwachung mit technischen Überwachungsgeräten ist gemäss Bundesgericht der Kerngehalt nicht berührt.¹⁶

Fazit: Die Observation berührt nicht den Kerngehalt des Rechts auf Achtung der Privatsphäre.

7. Fazit

- *Überwachung in der Wohnung bzw. im Garten*: Verletzt den Anspruch auf Achtung der Wohnung von A und – soweit Fotos aufgenommen werden – seinen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten.

¹³ BGE 135 I 169, E. 5.4.2.

¹⁴ Siehe z.B. Art. 61 SHG FR: 30 Tage; § 48a Abs. 4 SHG ZH: 20 Tage, verlängerbar um höchstens 10 Tage.

¹⁵ Vgl. EGMR, Big Brother Watch, Nos 58170/13 et al, Urteil vom 13. September 2018, § 356.

¹⁶ BGE 143 I 292, E. 2.4.

- *Überwachung ausserhalb der Wohnung*: Verletzt den Anspruch auf Achtung des Privatlebens von A und – soweit Fotos aufgenommen werden – seinen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten.
- *GPS-Tracking*: Verletzt den Anspruch auf Achtung des Privatlebens von A und seinen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten.
- *Erstellen eines Dossiers*: Das blosses Sammeln und Aufbewahren der Informationen und Beweismittel ist vereinbar mit dem Anspruch von A auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten.

Frage 2

Der Jus-Student meint sehr wahrscheinlich, es stellten sich keine Grundrechtsfragen, weil die Zeitung und die Journalistin nicht an die Grundrechte gebunden sind. Nur wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden. Die Zeitung und die Journalistin nehmen keine staatliche Aufgabe wahr. Dementsprechend stellt die Publikation des Zeitungsartikels auch *keine Einschränkung oder gar Verletzung von Grundrechten* dar.

Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Zeitungsartikel keine Grundrechtsfragen aufwirft. Gemäss Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre gehört zu den Grundrechten, die sich dazu eignen, unter Privaten wirksam zu werden. Beeinträchtigungen der Privatsphäre gehen ausgesprochen häufig von Privaten aus. Dem Staat kommt deshalb in diesem Bereich eine Schutzpflicht zu: Er muss die Einzelnen vor Beeinträchtigungen ihrer Privatsphäre durch Dritte – z.B. durch unautorisierte Berichterstattung durch Medien – schützen.

[Besonders gute Falllösungen würden allenfalls noch darauf eingehen, wie der Staat dieser Schutzpflicht nachkommt:

Um diese Schutzpflicht wahrzunehmen, hat der Gesetzgeber z.B. Art. 28 ff. ZGB (zivilrechtlicher Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen), Art. 173 ff. StGB (strafrechtlicher Schutz vor Ehrverletzungen) und Art. 179^{quater} StGB (strafrechtlicher Schutz vor Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs) geschaffen. Damit hat der Gesetzgeber den Privaten Mittel an die Hand gegeben, mit denen sie sich gegen Beeinträchtigungen ihrer Privatsphäre durch andere Private zur Wehr setzen können. Diese Mittel sind also Ausdruck der staatlichen Verpflichtung, den Grundrechten auch im Verhältnis unter Privaten zum Durchbruch zu verhelfen.

Falls A sich dieser Mittel bedient, stellt sich für die damit befassten Behörden (Gerichte, Strafverfolgungsbehörden usw.) die Frage, ob sie dem Anspruch von A auf Schutz seiner Privatsphäre oder den grundrechtlich geschützten Positionen der Zeitung bzw. der Journalistin (insbesondere Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV) höheres Gewicht beimessen sollen.]

Insgesamt wirft der Zeitungsartikel also eine ganze Reihe von Grundrechtsfragen auf.

Wichtigste zu verarbeitende Rechtsprechung

BGE 147 I 103

BGE 144 IV 370

BGE 143 I 377

BGE 143 I 292

BGE 138 II 346

BGE 137 I 327

BGE 136 I 87

BGE 135 I 169

BGE 133 I 77

BGE 132 V 241

BGE 130 I 26

BGE 129 V 323

BGE 122 I 360

BGer 8C_304/2016 vom 15. September 2017

BGer 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009

EGMR, Big Brother Watch et al. v. United Kingdom, 58170/13, Urteil vom 13. September 2018

EGMR, Vukota-Bojic c. Suisse, 61838, Urteil vom 18. Oktober 2016

EGMR (GK), Von Hannover v. Germany, 40660/08 und 60641/08, Urteil vom 7. Februar 2012

EGMR, Uzun v. Germany, 35623/05, Urteil vom 2. September 2010

EGMR, P.G. und J.H. v. United Kingdom, 44787/98, Urteil vom 25. September 2001

EGMR, Verlière c. Suisse, 41953/98, Urteil vom 28. Juni 2001

Wichtigste zu verarbeitende Spezialliteratur

Neben den staats- und grundrechtlichen Standardwerken, BV- und EMRK-Kommentaren usw. sind insbesondere folgende Beiträge zur Frage der Observation von Relevanz:

AEBI-MÜLLER REGINA E./EICKER ANDREAS/VERDE MICHEL, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, in: Jusletter 3. Mai 2010

DIES., Grenzen bei der Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Versicherungsmissbrauch: Ursachen – Wirkungen - Massnahmen, Zürich 2010, 13 ff.

AEBLI MELANIE, Wieso sollen Sozialversicherungen Observationen durchführen können?, in: Plädoyer 35/2017 Nr. 4, 34

CADERAS CLAUDIA/HÜRZELER MARC, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, in: HAVE 4/2016, 425 ff.

DUPONT ANNE-SYLVIE, Assurance-invalidité: les observations illicites sont des preuves valables Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_806/2016, in: Newsletter rcassurances.ch September 2017, 1 ff.

GÄCHTER THOMAS, Observationen: Privatsphäre von Versicherten wahren (online-Titel: Überwachung von Versicherten. Wie viel ist genug?), in: NZZ vom 27. November 2017, 10

DERS., Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, in: Weber Stephan (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 179 ff.

DERS., Die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Jahre 2008 und 2009 zum Verfahrensrecht der Sozialversicherung, in: ZBJV 147/2011, 79 ff.

GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung, in: Jusletter 11. Dezember 2017

HEUSSER PIERRE, Privatdetektive, aufgepasst!, Das Urteil des EGMR vom 18. Oktober 2016 und dessen Auswirkungen weit über den Bereich der Unfallversicherung hinaus, in: Jusletter 9. Januar 2017

HORSCHIK MATTHIAS, Datenschutz und Einsatz von Privatdetektiven in der Sozial- und Privatversicherung, in: Kieser Ueli /Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, St. Gallen 2012, 81 ff.

HUG MARKUS, Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht, in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich/Basel/Genf 2012, 681 ff.

KIESER UELI, Überwachung – Eine Auslegung von Art. 44a ATSG (Entwurf), in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2009, St. Gallen 2010, 89 ff.

MEIER PHILIPPE/STAEGER ALEXANDRE, La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) – état des lieux, in: Jusletter 14. Dezember 2009

MOSER-SZELESS MARGIT, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, in: SZS 2/2013, 129 ff.

MÜLLER LUCIEN, Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt, Bemerkungen zu BGE 8C_272/2011 vom 11. November 2011, in: Jusletter 19. Dezember 2011

STOLKIN PHILIP, Observationen, Kompetenzen und Gesetze, Oder: Der kleine Unterschied zwischen Versicherung und Polizei, in: Jusletter 27. März 2017

TEICHMANN FABIAN/WEISS MARCO, Neue Rechtslage bei Observationen, Bemerkungen zu Art. 43a und Art. 43b ATSG, in: Jusletter 12. August 2019

WALDENMEYER CATHERINE MARIANNE, Observationen durch Haftpflichtversicherer: rechtmässig oder nicht?, Folgen des EGMR-Urteils vom 18.10.2016 (Vukota-Bojic vs. Switzerland), in: HAVE 3/2017, 284 ff.